ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

Anuario Argentino de Derecho Internacional

XX

2011

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

POLÍTICA INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL EL ANÁLISIS DE LOS REGÍMENES INTERNACIONALES

INTERNATIONAL POLICY AND INTERNATIONAL LAW. THE ANALYSIS OF INTERNATIONAL REGIMES

Alberto van KLAVEREN *

RESUMEN

La relación entre política y derecho internacional es compleja y se retroalimenta. Es incorrecto presentar al derecho internacional como un mero epifenómeno de las relaciones internacionales, que se limita a proyectar las relaciones de poder existentes. Tampoco convence la visión del derecho internacional como un cuerpo normativo que refleja la interacción entre Estados que actúan racionalmente para maximizar sus intereses. Derecho y poder no son idénticos y aunque es obvio que hay un juego de racionalidades de intereses en toda negociación internacional, las normas que se adoptan responden también a valores e ideas que van surgiendo y evolucionando en las relaciones internacionales contemporáneas

PALABRAS CLAVES

Evolución- Derecho Internacional- Política Internacional, Organizaciones Internacionales- Regímenes Internacionales

* Especialista en Relaciones Internacionales. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Embajador, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Ex Director del Instituto de Estudios Internacionales y ex Viceministro de Relaciones Exteriores de la República de Chile. Ex Embajador ante la Unión Europea, Bélgica y Luxemburgo.

ABSTRACT

The relationship between international policy and international law is complex and is feeds back. It is wrong to present international law as a mere epiphenomenon of international relations, which is limited to project the existing power relationships. Neither persuades the vision of international law as a regulatory body that reflects the interaction between states acting rationally to maximize their interests. Law and power are not identical and although is obvious that there a set of rationalities of interest in any international negotiation, adopting norms also respond to values and ideas that emerge and evolve in international relations.

KEYWORDS

Development- International Law- International Politics- International Organizations- International Regimes.

SUMARIO

Introducción. 1. Una relación inescapable: derecho y política internacional. 2.Nuevos actores. 3. Regímenes internacionales. 4. Regímenes estables: el territorio. 5. Regímenes evolutivos: el uso de la fuerza. 6. Regímenes embrionarios: defensa de la democracia. **Conclusión**

Introducción

Pese al ámbito común que comparten, el derecho internacional y la disciplina de las relaciones internacionales han tendido a ignorarse mutuamente. Los juristas suelen hacer una distinción tajante entre el orden normativo y la política internacional. A su vez, los politólogos internacionales ignoran, cuando no menosprecian directamente, el derecho internacional[1].

Los autores más clásicos de la teoría de las relaciones internacionales, pertenecientes a la escuela realista de la disciplina, muy diferente por cierto a la escuela realista del derecho, consideraban que el derecho internacional tenía una importancia muy relativa y que su aplicación

[1] Este prejuicio puede estar retrocediendo. Véase por ejemplo dos secciones sobre derecho internacional en importantes manuales de relaciones internacionales: Michael Byers, «International Law», en Chistian Reus-Smit y Duncan Snidal (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 612-631, y Kal Raustiala y Anne-Marie Slaughter, «International Law, International Relations and Compliance», en Walter Carlnaes, Thomas Risse y Berth A. Simmons (eds.), *Handbook of International Relations*, London: Sage Publications, 2010, pp. 538-558.

siempre estaba determinada por la política del poder[2]. E.H. Carr, por ejemplo, describía al derecho internacional como la expresión de los intereses de las potencias dominantes en el sistema internacional, razón por la cual tendía a ser observado cuando coincidía con esos intereses[3]. El escepticismo sobre el valor del derecho internacional suele ser también bastante agudo entre los actores de la política internacional que, enfrentados a decisiones difíciles, critican el excesivo legalismo de sus asesores jurídicos y tienden a rechazar las restricciones que el derecho internacional impone sobre sus acciones.

Por su parte, los juristas también contribuyen al divorcio entre las dos disciplinas. Las corrientes positivistas, muy dominantes en los medios latinoamericanos, tendieron a aislar el derecho internacional de su contexto histórico cultural y político. De manera implícita, en ocasiones lo han hecho equivalente en su aplicación al derecho interno, pese a las múltiples diferencias que se observan en esta materia. Así, el estudiante de derecho internacional, no sin cierta incredulidad, se ve enfrentado a un sistema casi cerrado de fuentes, invariablemente basado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, presentado a veces erróneamente como una jerarquía cerrada y excluyente de normas[4]. La idea de un sistema cerrado de fuentes lleva fácilmente a la conclusión que la diferencia principal con el derecho interno consiste en la aplicación y exigibilidad de las normas, más que en su generación y naturaleza. En esta línea, el estudio del derecho internacional se aleja expresamente de la política y se dejan fuera del análisis las consideraciones extrajurídicas. El orden jurídico internacional es presentado como un conjunto de normas neutrales, que debe ser aplicado de la manera más objetiva posible a una determinada situación, dejando de lado los aspectos políticos y las consideraciones morales o éticas.

1. *Una relación inescapable: derecho y política internacional*

Una corriente interesante de autores se ha centrado en la compleja relación existente entre derecho y política internacional, subrayando sus puntos de contacto, sus interacciones mutuas y la necesidad de profundizar su vinculación. Algunos estudios recientes han representado aportes de gran interés en este ámbito[5].

[2] Véase por ejemplo E.H. Carr, *The Twenty Years' Crisis (1919-1939). An Introduction to the Study of International Relations*, 2nd ed., London, MacMillan, 1962 y Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace* 3rd ed., New York, Alfred A. Knopf, 1965.

[3] Carr, *Twenty Years' Crisis,* p. 189.

[4] Francisco Orrego Vicuña, «Creación del Derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?», *Estudios Internacionales,* N° 146, pp. 85-86.

[5] Véase por ejemplo, Luis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy,* 2nd ed., New York, Columbia University Press, 1979; Friedich W. Kratochwil,

Rosalyn Higgins, una brillante jurista británica que ocupó la presidencia de la Corte Internacional de Justicia en forma reciente, recuerda en diversos ensayos compilados en una obra mayor, el debate permanente que se plantea entre quienes ven al proceso judicial internacional como un ejercicio neutral de aplicación de normas objetivas a un caso concreto y quienes en cambio lo consideran como un proceso de toma de decisiones que ocurre en un contexto específico y donde entran en juego valores y consideraciones respecto de las consecuencias políticas de un acto de adjudicación[6]. Higgins pone este debate en un contexto idiosincrático anglosajón, oponiendo la visión mayoritaria legalista británica a la visión más política del derecho internacional en los Estados Unidos, que no se restringe a la Escuela de Yale liderada por Myres McDougal, sino que comprende a la mayoría de sus colegas en ese país[7]. Por cierto, el debate no se restringe al mundo anglosajón y se proyecta con fuerza en otras tradiciones jurídicas.

Desde una posición más radical, el jurista finlandés Martti Koskenniemi, profundiza la relación entre la política y el derecho internacional, afirmando que este último es la otra cara de la política. En la medida en que la política no es una categoría fija, el derecho también se torna fluido, modificándose permanentemente para reflejar la transformación de la política[8]. Como lo recuerda el mismo autor, mientras algunos ven al derecho internacional como una utopía que niega las realidades del poder, contradictoriamente otros lo ven como una mera fachada destinada a legitimar las relaciones de poder a nivel internacional[9].

Rules, Norms, and Decisions, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; Robert O. Keohane, «International Relations and International Law: Two Optics», *Harvard International Law Journal* 38:2, (1997), pp. 487-502; Anne-Marie Slaughter Burley, «International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda, *American Journal of International Law* 87:2, (1993), pp. 205-239; Christian Reus-Smit (ed.), *The Politics of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Beth A. Simmons y Richard H. Steinberg (eds.), *International Law and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; David Armstrong, Theo Farrell y Hélene Lambert, *International Law and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 y Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2011. Desde una perspectiva distinta, que aplica el derecho internacional a las grandes crisis mundiales, véase por ejemplo Gilbert Guillaume, *Les grandes crises internacionales et le droit,* Paris, Éditions du Seuil, 1994.

[6] Rosalyn Higgins, *Themes and Theories,* Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 19-21.

[7] *Ibíd.* 20.

[8] Martti Koskenniemi, «The Politics of International Law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* (CEBDI), Vol. VIII/IX. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004-2005, p. 163.

[9] Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia; The Structure of International Legal Argument,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

Sea como fuere, la relación entre política y derecho internacional es inescapable. La política internacional se plasma históricamente en normas e instituciones, que a su vez adquieren una autonomía propia, que puede ser más o menos completa. El derecho internacional inevitablemente desempeña un papel central en la justificación de las conductas internacionales, incluso en el caso de las grandes potencias. Y si bien ofrece un margen amplio de interpretación, impone límites, inhibe las conductas de los países y suele formar parte del contexto de una decisión. Los asesores legales de las cancillerías son consultados respecto de lo que puede o no hacerse en materia internacional y cuando su consejo no es funcional a una decisión, recibirán la solicitud de buscar un marco legal más propicio o una contra argumentación. Para un especialista en política exterior, el derecho internacional debe entenderse más como una fuente de interdependencia política que como un marco de gobierno, reconociendo que su carácter evolutivo ha producido un conjunto de acuerdos y principios que actúan como puntos de referencia a través de una variedad de enfoques ideológicos en el sistema internacional[10]. Otros análisis de política exterior pasan por alto esta realidad, omitiendo el marco legal de, a menudo, complejas matrices explicativas que incluyen variables externas e internas, percepciones, contextos sicológicos, estilos de liderazgo, prejuicios cognitivos, restricciones burocráticas, teoría de juegos, pero dejando de lado los marcos legales de las decisiones[11].

Las relaciones que se generan entre la política y el derecho internacional dependen de las circunstancias y del contexto. El derecho se origina en la política internacional, pero al mismo tiempo le impone límites, a veces muy claros. La prohibición del uso de la fuerza, originada en la experiencia y los instrumentos adoptados durante el período de entre guerras y plasmada ya de manera más clara en el Artículo 2 numeral 4 de la Carta de las Naciones Unidas, fue el producto de una determinada acción política. Una vez adoptada, su existencia ha limitado las posibilidades de acción de los Estados. Y cuando éstos han recurrido a la fuerza, lo han hecho invocando excepciones contempladas en la Carta de las Naciones Unidas o interpretando de una cierta manera esas disposiciones, es decir invocando el derecho internacional. Al mismo tiempo, el concepto de la responsabilidad de proteger, acogido de manera todavía muy cautelosa y controvertida en algunos documentos de Naciones Unidas, está poniendo en cuestión el carácter casi absoluto del principio.

[10] Christopher Hill, *The Changing Politics of Foreign Policy*, Houndmills, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2003, p. 177.

[11] Véase por ejemplo Marijke Breuning, *Foreign Policy Analysis. A Comparative Introduction,* New York, Palgrave Macmillan, 2007 y Alex Mintz y Karl DeRouen Jr., *Understanding Foreign Policy Decision Making,* Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Algunas áreas del derecho internacional tienden a ser más estables que otras, especialmente aquellas que se refieren a límites, jurisdicción, inmunidades diplomáticas, etc. Sin embargo, reconocer esa realidad no equivale a sostener, como lo hizo en su época uno de los clásicos del realismo, Hans Morgenthau (quien inició su carrera como jurista), la existencia de un derecho internacional político y otro no político[12].

La relación entre el derecho internacional y la política es ambigua. Por una parte, el derecho puede reflejar intereses dominantes, como sucede en el caso del comercio internacional o de la regulación de la propiedad intelectual, o como sucedió en definitiva con la Parte XI, relativa a la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de la jurisdicción nacional, de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), que fue modificada de manera bastante radical por un acuerdo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que si bien fue presentado como meramente interpretativo, realmente lo enmendó, acogiendo las pretensiones de Estados Unidos y de otros países industrializados[13], cuya participación en la Convención se estimaba esencial.

Sin embargo, también es cierto que el derecho internacional puede disciplinar o limitar el margen de maniobra de los actores más poderosos y hegemónicos del sistema internacional en determinadas coyunturas. En las guerras recientes libradas por Estados Unidos y por otras potencias occidentales –en la ex Yugoslavia, Irak, Afganistán y Libia– se ha recurrido a la única instancia internacional que puede autorizar el uso de la fuerza –el Consejo de Seguridad– y aun si esta autorización no se ha otorgado, como sucedió en la segunda guerra de Irak, los países que la libraron han buscado legitimarla, sin mucho éxito en el último caso, en el derecho internacional. En el uso mismo de la fuerza los países y las organizaciones como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) se han hecho asesorar permanentemente por juristas especializados, en la elección de los objetivos, el uso de las armas y la protección de la población civil[14]. El argumento no apunta a que estas intervenciones hayan sido legítimas, sino a la existencia de un cierta autocontención, mayor o menor, derivada de la existencia de normas de derecho internacional que pueden violarse en los hechos, pero cuya existencia no se desconoce. Incluso en un episodio tan emblemático de la política del poder durante la guerra fría como fue la

[12] Hans J. Morgenthau, «Positivism, Functionalism, and International Law», *American Journal of International Law* 34:2 (1940), pp. 275-276, citado en Reus-Smith (ed.), *The Politics of International Law*, p. 273.

[13] Antonio Remiro Brotóns, *Derecho Internacional. Curso General,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 558.

[14] Armstrong, Farrell y Lambert, *International Law and International Relations,* pp. 206-207.

crisis de los misiles de octubre de 1962, las consideraciones de derecho internacional estuvieron presentes[15].

La relación entre derecho y política se extiende a virtualmente todas las fuentes del derecho internacional. Su importancia es obvia en la negociación de tratados internacionales, sean bilaterales o multilaterales. Pero es igualmente relevante en el caso de la costumbre, tema muy poco analizado por los politólogos[16], pero que sin embargo pretende reflejar una práctica consistente y generalizada de los estados, unida a la convicción de que representa una cierta obligación legal (*opinio juris).* Más allá de los múltiples problemas conceptuales y metodológicos que plantea la costumbre –¿qué tan extendida y uniforme debe ser?, ¿cómo se reconoce la *opinio juris?,* ¿cuándo una práctica se transforma en costumbre?– está claro que esta fuente tan clásica y venerable del derecho internacional tiende a evolucionar en el tiempo, como lo demuestra la evolución del derecho del mar y las normas sobre jurisdicción de los estados sobre sus zonas costeras, que nunca fueron uniformes ni estáticas. El divorcio entre el derecho y la política internacional y la falta de diálogo entre sus especialistas ha atentado contra un entendimiento cabal del surgimiento y alcance de la costumbre internacional, que resulta una fuente especialmente difícil de identificar y aplicar.

2. *Nuevos actores*

El proceso de adopción de normas internacionales tiende a hacerse más complejo. Sigue dependiendo fundamentalmente de los Estados, pero éstos actúan en la escena internacional de acuerdo a una variable de interacción de actores e intereses, muy lejos de los modelos de actor unitario, monolítico y racional que sostienen tanto la teoría realista de las relaciones internacionales como también, hasta cierto punto, los enfoques racionalistas propios de la teoría de juegos o del *rational choice.*

Los actores que intervienen en la formación de nuevas normas internacionales tienden a diversificarse. Cualquiera que sea nuestro juicio sobre el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la adopción de nuevas normas internacionales, no se puede desconocer su influencia en la gestación de las normas consuetudinarias. La lucha contra el terrorismo ha llevado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la adopción de normas bastante extensas y elaboradas de carácter obligatorio, más allá de las múltiples convenciones internacionales que

[15] Abraham Chayes y Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, p. 9.

[16] Aunque esa deficiencia ha sido bien salvada por juristas. Véase por ejemplo, Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

abordan las distintas manifestaciones del terrorismo[17]. Por otra parte, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) asumen un papel creciente en la elaboración de nuevas normas internacionales en materia de derechos humanos, medio ambiente o desarme, participando en algunos casos en la adopción de nuevas convenciones o en otras instancias relevantes en el proceso de formación de normas internacionales[18].

La interdependencia entre política y derecho internacional es también evidente en las organizaciones internacionales. Aun cuando ellas disponen siempre de su respectivo marco jurídico y dependen en último término de sus Estados miembros, en la práctica van cobrando grados variables de autonomía y tienden a definir sus propias tareas y funciones, de manera relativamente independiente de los Estados que las crearon y sin atenerse siempre estrictamente a sus estatutos originales[19]. Por cierto, sería excesivo sostener que las organizaciones internacionales pueden independizarse totalmente de los Estados que las forman, pero no cabe duda de que existe un grado variable de tensión entre sus burocracias y los mandantes que pretenden controlarlas. Esa tensión representa precisamente la política de las organizaciones internacionales, que ha influido en el desarrollo de identidades propias, sea del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Mundial de Comercio, de las Naciones Unidas y sus agencias especializadas y de múltiples organizaciones regionales o funcionales. Estas identidades se han modificado a lo largo del tiempo, a veces de manera muy sustancial, como por ejemplo ha sucedido en el caso del Banco Mundial, que ha modificado sus enfoques e introducido condicionalidades relacionadas con el medio ambiente, la lucha contra la corrupción o la no discriminación, sin alterar necesariamente sus estatutos básicos[20].

Se produce así una combinación especial entre el derecho de las organizaciones internacionales, normalmente establecido en sus tratados constitutivos, y la política de estas entidades, que resulta de la interacción entre sus Estados miembros y sus tecnocracias. Así es como se han incorporado conceptos como desarrollo sostenible, respeto a los derechos humanos o buen gobierno, que gradualmente dan lugar a nuevas normas internacionales. Por su parte, las organizaciones van incursionando en asuntos internos de los Estados que antes les estaban vedados. Los informes regionales y nacionales del Programa de Naciones Unidas para

[17] Alan Boyle y Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 3-4.

[18] Para una síntesis del papel de las ONGs en este ámbito, véase *Ibíd.*, pp. 41-97.

[19] Michael N. Barnett y Martha Finnemore, «The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations», *International Organization* 53:4, 699-732.

[20] Antony Anghie, «International financial institutions», en Reus-Smith, *Politics of International Law,* pp. 217-237.

el Desarrollo, por ejemplo, lejos de mantenerse en el terreno más o menos neutral y técnico en el que comenzaron, están abordando crecientemente temas sensibles y reservados tradicionalmente a las competencias internas de los Estados, siendo además muy receptivos a los insumos de ONGs que suscitan rechazo en varios de los Estados miembros de Naciones Unidas. Este nuevo activismo representa una ampliación de las competencias de la entidad que no se deriva necesariamente de una modificación de su marco legal. Desde el punto de vista politológico, cabe preguntarse si esa mayor politización es un impulso interno de la propia organización, imputable a su burocracia, o bien un resultado de las aspiraciones de los Estados miembros que las controlan, que en general también han promovido esos mismos valores. Pero lo que está claro es que un mismo marco legal ha servido tanto para promover la neutralidad y el abstencionismo de las organizaciones internacionales como un papel mucho más intervencionista o activista, demostrando la maleabilidad de sus disposiciones, que normalmente no se han modificado.

3. *Regímenes internacionales*

El fin de la guerra fría y las crecientes necesidades de regular la globalización han conducido a un visible aumento de la legislación internacional, de nuevas instituciones globales y regionales y de órganos de solución de controversias, tanto entre los Estados como entre éstos y entes privados. Esta nueva realidad ha disminuido la división tradicional de los internacionalistas entre aquellos que veían al derecho internacional como un mero epifenómeno de las realidades del poder internacional y aquellos que sostenían que las relaciones entre los Estados estaban reguladas por el derecho internacional y que, cuando ello no sucedía, se estaba frente a una conducta patológica. Hoy los debates son mucho más matizados. Los teóricos de las relaciones internacionales prestan más atención a la evolución de las normas legales en su ámbito, mientras que los especialistas en derecho internacional comienzan a analizar la conducta de los Estados, los fenómenos de legalización de las normas y también la existencia de normas embrionarias caracterizadas como *soft law*. Lamentablemente, este debate todavía no es muy activo en la literatura latinoamericana (o incluso hispanoamericana), pese a la importancia que asume el orden normativo regional en América Latina, donde se ha ido cristalizando un sistema de normas e instituciones comunes que ha privilegiado la solución pacífica de las controversias[21].

El concepto de régimen internacional, que surgió en la década de

[21] Es la tesis de Arie M. Kacowicz, *The Impact of Norms in International Society. The Latin American Experience 1881-2001*. Notre Dame, Il., The University of Notre Dame Press, 2005.

1980 entre especialistas norteamericanos de las relaciones internacionales, ha permitido un diálogo más activo entre politólogos y juristas. Definido por los primeros como un conjunto, explícito o implícito, de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en un área determinada de la política internacional[22], su remisión, al menos parcial, al ámbito jurídico se hace evidente. Aunque el concepto de régimen internacional tiene una acepción más restringida en el derecho internacional[23], se puede definir como un conjunto de normas, primarias y secundarias, que regulan una cierta área de la actividad internacional, que no están necesariamente sometidas a la regla de la reciprocidad y que incluso pueden vincular a los Estados que no han consentido en su aprobación[24].

Los regímenes internacionales se basan en reglas e instituciones, pero pueden ir más allá como consecuencia de las exigencias de coordinación, incluyendo por ejemplo prácticas y decisiones informales, orientaciones, directrices, prácticas de facto que se alejan de normas y que buscan la realización de objetivos funcionales. En la medida en que avanza la globalización, los regímenes regulatorios se van haciendo menos nacionales y más internacionales, menos domésticos y más universales. El fenómeno es claro en materias comerciales, pero también se hace evidente en muchas otras áreas, como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarme, los derechos de los pueblos indígenas, etc. Naturalmente, la globalización se extiende al ámbito jurídico y, cuando se habla de regularla o de domesticarla, se está pensando en la adopción de principios, normas, reglas y procedimientos en las múltiples áreas en que ello se considera necesario. De esta manera, los regímenes se van desnacionalizando de manera gradual y variable. Por otra parte, como lo demuestra la experiencia reciente y no tan reciente en temas tan diversos como el derecho internacional humanitario, la regulación medioambiental, los derechos humanos, el derecho comercial o el desarme, la participación en la elaboración de regímenes no se restringe sólo a Estados sino que incluye también a organizaciones internacionales, ONGs y también a actores privados.

El desarrollo de nuevos regímenes y la transformación de los antiguos no han estado exentos de problemas. Muchas veces, los límites de estos

[22] Stephen D. Krasner, «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables». En: Simmons y Steinberg, *International Law and International Relations*, p. 3.

[23] Para un buen resumen del debate jurídico en este ámbito, véase el artículo de Oriol Casanovas y La Rosa, «Aproximación a una teoría de los regímenes en derecho internacional público», en Ángel J. Rodrigo y Caterina García (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas,* Madrid: Tecnos, 2011, pp. 41-60.

[24] Basado libremente en Casanovas, *ibíd.*, pp. 47-51.

regímenes son difusos. En ocasiones, se hace evidente una colisión de regímenes que responden a lógicas políticas diferentes. Para citar un ejemplo frecuente y que ya ha dado lugar a una jurisprudencia frondosa aunque no siempre unívoca, se puede mencionar la colisión entre los regímenes de libre comercio y aquellos relativos a la conservación de ciertas especies marinas. A veces, las disputas son dirimidas por la misma instancia, pero en otros casos pueden existir instancias alternativas o paralelas. La estructura descentralizada del orden internacional y del sistema jurídico que lo apoya, facilita este fenómeno. La expansión del derecho internacional y la multiplicación de instancias jurisdiccionales de carácter funcional o regional, han agudizado el problema de la fragmentación del derecho internacional, tema que ha sido objeto de tratamiento por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[25]. En su informe, la Comisión alude al surgimiento de interpretaciones diversas del derecho internacional general, al surgimiento de excepciones institucionalizadas al derecho internacional general, al conflicto entre distintos regímenes legales y a las diferencias en los procesos de adopción de normas internacionales. Aunque existen criterios para la solución de estos problemas, como la especificidad (*lex specialis)*, la temporalidad *(lex posterior),* la jerarquía normativa (*ius cogens,* obligaciones *erga omnes),* el criterio de la interpretación sistémica (artículo 31, N° 3, letra c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) o la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103 de la Carta), su aplicación tampoco está exenta de dificultades y contradicciones[26]. Con todo, hay un cierto consenso en estimar que pese a esta fragmentación, que refleja en parte la diversidad y pluralismo de la comunidad internacional, se mantiene la unidad del derecho internacional, a través de la universalización del contenido de sus normas fundamentales, de la búsqueda de una cierta uniformidad en las soluciones sustantivas y a la adaptación de las normas y contenidos a los desarrollos recientes del derecho internacional y las necesidades de la comunidad internacional[27].

Los regímenes internacionales admiten múltiples clasificaciones. Pueden ser formales o informales, altamente institucionalizados o poco institucionalizados, pueden coincidir con organizaciones internacionales

[25] Informe y conclusiones del Grupo de Estudio sobre *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional,* 58° período de sesiones celebrado del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Suplemento N° 10* (A/61/10), Capítulo XII, párrafos 241-251, pp. 441-465.

[26] Casanovas, *«Aproximación a una teoría»,* pp. 42-43.

[27] Ángel Rodrigo Hernández, «La integración normativa y la unidad del derecho internacional público», en Rodrigo y García, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional,* p. 323,

o incluir a varias de éstas, pueden ser regionales o universales, pueden agruparse en categorías funcionales (derechos humanos, medio ambiente, comercio, inversión, finanzas, recursos naturales, desarme, seguridad colectiva, asuntos marítimos, corrupción, protección y promoción de la democracia, etc.), pueden ser rígidos o laxos, estables o evolutivos. No es éste el lugar para profundizar o agotar estas clasificaciones. Más bien, desde el punto de vista del tema central de este trabajo, la relación entre política y derecho internacional, interesa mencionar tres ejemplos de regímenes internacionales de características muy diversas, que ilustran las interacciones en este plano.

4. *Regímenes estables: el territorio*

Un valor central de la comunidad internacional se refleja en los principios de la integridad territorial de los Estados y de la estabilidad de las fronteras. El territorio y sus fronteras constituyen un elemento central para definir la identidad de los países. La globalización no ha alterado el carácter casi sagrado que la población de los países asigna al territorio en que vive o, más exactamente, que le pertenece. Ello no fue así en el pasado. El mundo medioeval no tenía fronteras definidas, tal como las conocemos en la actualidad. La autoridad sobre los territorios era cambiante y a veces se superponía. El cambio político desde la Edad Media al mundo moderno implicó la construcción de Estados territorialmente delimitados con autoridad exclusiva sobre ese espacio. Aunque ello sucedió en el siglo XVII (Paz de Westfalia), las fronteras se empezaron a definir con más claridad a partir del siglo siguiente. El régimen internacional existente en la época permitía los cambios territoriales, que podían ser pacíficos –cesiones en virtud de ventas o canjes– o bien violentos, a través de guerras o la ocupación de territorios habitados.

Una parte importante de las guerras libradas entre los siglos XVII y XX se originó en cuestiones territoriales y la mayoría de éstos terminó en redistribuciones territoriales. En contraste con esa realidad, los conflictos territoriales posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial sólo excepcionalmente condujeron a redistribuciones territoriales[28]. La adquisición por conquista, a veces definida como subyugación, era considerada como un modo legítimo de adquisición territorial hasta los comienzos del siglo XX.

Por otra parte, el territorio no coincidió necesariamente con las divisiones étnicas. En Europa Central y del Este muchas fronteras

[28] Según un estudio de Kalevi J. Holsti, *Peace and War: Armed Conflicts and International Order, 1648-1989*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, citado en Mark W. Zacher, «The Territorial Integrity Norm: Boundaries and the Use of Force», en Simmons y Steinberg, *International Law and International Relations,* p. 262.

tuvieron un carácter arbitrario y las principales potencias coloniales extendieron esa práctica a África y Asia, con resultados desastrosos. Pese a ello, los nuevos Estados mantuvieron sus límites, separando pueblos y etnias y manteniendo por lo mismo los gérmenes del separatismo.

A partir de la Primera Guerra Mundial se comenzó a cuestionar si los países victoriosos podían adquirir territorios de los vencidos, si los Estados debían respetar la integridad territorial de otros Estados y si el principio de la autodeterminación tenía precedencia sobre las fronteras existentes para configurar los Estados. Respecto del primer punto, se hizo evidente una tendencia crecientemente restrictiva, que permitió sólo cambios territoriales menores al cabo de la I Guerra, aun cuando hubo modificaciones más relevantes en las dependencias coloniales. Respecto del segundo punto, gracias a la influencia del Presidente Wilson de Estados Unidos, se consagró el principio de la integridad territorial en términos relativamente estrictos. Y respecto del tercer punto, en general se favoreció la integridad territorial por sobre la autodeterminación[29].

La tendencia hacia la primacía del principio de la integridad territorial se hizo más marcada después del término de la Segunda Guerra Mundial. Aunque se admitió algunas excepciones a favor de las potencias victoriosas –islas del Pacífico para los Estados Unidos, territorios polacos y países bálticos para la Unión Soviética, islas japonesas para la Unión Soviética–, el principio fue fundamental en el proceso de descolonización, respetándose aun cuando no coincidiera con divisiones étnicas, lingüísticas o religiosas o con la voluntad de las poblaciones afectadas. La Carta de las Naciones Unidas lo contempló en su artículo 2 N°4, y diversas resoluciones fundamentales lo han desarrollado[30].

La misma tendencia se observó en organizaciones regionales como la Organización de Estados Americanos (OEA), la entonces Organización para la Unidad Africana (OUA) o la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE). La desintegración de la Unión Soviética se atuvo al mismo principio, en la medida en que se respetaron antiguas divisiones territoriales, aunque no coincidieran con divisiones étnicas. El interés de la comunidad internacional en preservar la integridad territorial se ha manifestado en conflictos armados recientes, como lo demostró la desintegración de la antigua Yugoslavia, pese a la persistencia de tensiones étnicas y el potencial de conflictos en los Estados resultantes de la desintegración. El caso de Bosnia-Herzegovina es especialmente ilustrativo a este respecto, en la medida en que hasta el día de hoy la configu-

[29] ZACHER, *«The Territorial Integrity Norm»*, pp. 263-264.

[30] Véase por ejemplo la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la *Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.*

ración de ese Estado federal es resistida por muchos de sus componentes y que su misma existencia expresa más el resultado del proceso de paz impulsado por la comunidad internacional que la voluntad de sus propios habitantes. El principio de la integridad territorial explica la falta de desenlace de varios antiguos conflictos congelados como el que afecta a Transdniestra, que de hecho forma parte de Rusia, pero que formalmente se mantiene en un limbo legal entre Moldavia y su poderosa vecina. También explica la negativa de la comunidad internacional a reconocer la proclamación de la República Turca de Chipre del Norte o de las Repúblicas de Abjasia y Osetia del Sur, escindidas de hecho de Georgia y que están bajo la tutela de Rusia. En los conflictos africanos, alentados frecuentemente por tensiones separatistas, normalmente se rechaza la opción de la desintegración territorial y, en los casos en que ella se produce de hecho, como Somalia, es rechazada de plano por la comunidad internacional.

Los cambios territoriales de carácter coercitivo están proscritos en el sistema internacional actual. Las únicas divisiones de Estados que la comunidad internacional acepta son aquellas de naturaleza voluntaria, como sucedió en los casos de la antigua Checoeslovaquia, de Eritrea y de Sudán. Y la experiencia de Kosovo demuestra que, a pesar de que una guerra previa evidencia la imposibilidad de que los kosovares vuelvan a formar parte del Estado serbio, que la voluntad de su población de formar un Estado está fuera de duda y que la Corte Internacional de Justicia determinó que "la declaración de independencia del 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional general porque el derecho internacional no contiene 'prohibición de declaraciones de independencia'"[31], hasta el año 2011 los miembros de las Naciones Unidas que reconocen a Kosovo como un nuevo Estado siguen siendo una minoría, aunque por cierto bastante influyente.

Puede que se discuta la efectividad de la prohibición del uso de la fuerza en determinados conflictos, como Irak, Afganistán, Libia o la lucha contra el terrorismo internacional. Pero lo que no está en duda es la efectividad de la prohibición cuando la fuerza se aplica para alcanzar conquistas territoriales.

La estabilidad de los regímenes territoriales se extiende también a aquellas áreas que están afectas a estatutos especiales. Es lo que sucede por ejemplo en el caso del régimen antártico[32]. Su tratado fundacional ha resistido el paso del tiempo y pese al interés de varias potencias de mo-

[31] Opinión Consultiva, International Court of Justice, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, 22 de Julio 2010, párrafo 79.

[32] Véase Jorge Berguño, «El Tratado Antártico como régimen internacional», *Diplomacia,* 2009, N° 120, pp. 23-34, y María Teresa Infante Caffi, «El Sistema Antártico y el Desarrollo del Derecho Internacional», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEDBI),* Volúmenes VIII/IX, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2004/2005, pp. 281-347.

dificar algunos de los elementos constitutivos del régimen, éste se ha ido consolidando con el paso del tiempo. Y si en el caso de los espacios marítimos el nuevo derecho del mar ha conducido a una modificación muy profunda del régimen tradicional, esta modificación se ha llevado adelante respetando el valor y vigencia de los tratados preexistentes, como lo señalan claramente los artículos 74(4) y 83(4) de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, mientras que las áreas marítimas delimitadas se acogen igualmente al principio de estabilidad de las fronteras[33].

5. *Regímenes evolutivos: el uso de la fuerza*

Durante siglos el derecho internacional admitió la guerra como medio de solución de los conflictos entre los Estados y desarrolló un conjunto de normas específicas para regularla. De acuerdo a sus fundadores, el derecho internacional se dividía en derecho de la paz y derecho de la guerra, exigiendo una parte de la doctrina que esta última fuera justa[34]. Históricamente el uso de la fuerza fue considerado como legal bajo ciertas condiciones. La posibilidad de librar guerras era un atributo de la soberanía y un recurso legítimo para asegurar la conservación de los Estados. La conquista era aceptada como título para la adquisición territorial[35]. La legitimidad del uso de la fuerza entre los Estados se empezó a cuestionar en las postrimerías del siglo XIX y comienzos del siglo XX. El Pacto de la Sociedad de las Naciones no prohibió la guerra, sino que estableció una moratoria y una lista de guerras consideradas ilegales. Asimismo, estipuló una serie de requisitos procesales para que la guerra fuera considerada legal. En 1928 se suscribió un Pacto general de renuncia a la guerra, conocido como el Pacto Briand-Kellogg, que si bien no fue efectivo en su momento, sigue vigente hasta la actualidad y actuó como precedente relevante para tratados similares en el ámbito regional, como el Tratado Antibélico de No-Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra-Lamas), suscrito en 1933 principalmente por países americanos.

En definitiva, sólo con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas se contempla una prohibición clara y universal del uso de la fuerza y de la amenaza del uso de la fuerza, tal como lo expresa su artículo 2 Nº 4: "los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la

[33] Véase *Case Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, sentencia de la Corte Internacional de Justicia, párrafo 85.

[34] Muy especialmente los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca. Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público,* 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, p. 1041.

[35] Ian Brownlie, *Principles of Public International Law,* 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 279.

integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". Esta prohibición forma parte del derecho consuetudinario[36] y, según diversos autores, constituye una norma de carácter imperativo, es decir de *ius cogens*[37]. El uso de la fuerza dentro de los Estados sigue siendo permitido, siempre que esté conforme con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. También es posible que un Estado envíe fuerzas a otro Estado, a solicitud de su gobierno, para ayudarlo a restaurar el orden.

La prohibición del uso de la fuerza o de su amenaza entre los Estados conoce dos excepciones relevantes: la autorización del Consejo de Seguridad o el ejercicio de la legítima defensa, individual o colectiva, frente a un ataque armado. La primera está sujeta a una serie de disposiciones que forma parte de un sistema de seguridad colectiva contenido en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La segunda, está sujeta a principios básicos del derecho internacional consuetudinario relativo al uso de la fuerza, como la necesidad, la proporcionalidad y la inmediatez en la respuesta.

Es claro que el Consejo de Seguridad puede decidir medidas coercitivas para los Estados que violen la prohibición del uso de la fuerza. Sin embargo, en el uso de esa atribución no entran a jugar sólo criterios jurídicos sino que hay un fuerte elemento de politización. Y aunque los preceptos legales en este ámbito no hayan sido modificados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, su interpretación ha variado significativamente, respondiendo a la evolución del sistema internacional. Como lo recuerda un destacado autor francés, es indispensable tener un conocimiento suficiente de la historia de las relaciones internacionales contemporáneas para comprender bien las mutaciones que han conocido los sistemas conocidos como de seguridad colectiva[38].

La seguridad colectiva, concepto básico en el ámbito del uso de la fuerza y de su prohibición, está en los hechos condicionada por la composición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la existencia del derecho a veto para sus cinco miembros permanentes. Es decir, tanto para autorizar el uso de la fuerza por parte de los Estados como para condenar su uso ilegítimo hace falta un acuerdo del Consejo, que puede ser bloqueado, como ha sucedido con frecuencia, por uno o varios de sus miembros permanentes.

En cuanto a la legítima defensa, en tiempos recientes algunos Estados han intentado expandir este derecho en al menos dos ámbitos,

[36] Véase *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicar. v. United States), sen*tencia de la Corte Internacional de Justicia, párrafo 176.

[37] Remiro Brotóns, *Derecho Internacional,* p. 666.

[38] Pierre-Marie Dupuy, *Droit International public,* 9e ed. París, Dalloz, 2008, p. 631.

a menudo relacionados entre sí, como la lucha contra el terrorismo y la defensa preventiva. Aunque se mantiene una fuerte oposición de la comunidad internacional a aceptar de manera genérica esta ampliación de la legítima defensa, diversos Estados han tendido a reconocer la gravedad de la amenaza de los ataques terroristas y la necesidad de una estrategia para hacer frente a la amenaza de las armas de destrucción masiva. El resultado ha sido un tratamiento de caso a caso en la evaluación de la legitimidad del uso de la fuerza en esas circunstancias.

La prohibición del uso de la fuerza también se ha visto fortalecida por la proscripción de medios de destrucción disponibles para los Estados por medio de una serie de tratados, universales o regionales, aplicable tanto a armas de destrucción masiva, como nucleares, químicas o biológicas, como a aquellas convencionales que se consideran excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

El crecimiento de las normas internacionales que restringen o proscriben el uso de la fuerza ha coincidido objetivamente con una disminución de las guerras interestatales, que se ha hecho particularmente evidente después de la Segunda Guerra Mundial. Y aunque las violaciones a la prohibición del uso de la fuerza han persistido, si bien de manera disminuida, éstas han tendido a justificarse a través de interpretaciones extensivas de las excepciones que contempla esta prohibición, tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en la costumbre internacional.

En una categoría distinta deben situarse aquellos casos en que el Consejo de Seguridad ha autorizado el uso de la fuerza por parte de Estados o conjuntos de Estados individuales (*coalitions of the willing),* por medio de acciones coercitivas delegadas, como sucedió en la primera guerra de Irak, provocada por la invasión de Kuwait (1991)[39].

Asimismo, tanto desde el punto de vista conceptual como de la práctica internacional, la evolución reciente más relevante en este ámbito se refiere a la intervención humanitaria o la responsabilidad de proteger, concepto más actual que se utiliza para distinguirlo del uso y abuso del término de la intervención humanitaria en la historia reciente de las relaciones internacionales. El concepto puede incluir el uso de la fuerza para detener la violación masiva de los derechos humanos, para restaurar el orden en Estados fallidos o bien para apoyar operaciones de ayuda y de reconstrucción en situaciones de conflicto. Por elevados que sean los valores que se pretende proteger, la realidad es que el concepto está ausente en la Carta de las Naciones Unidas, no tiene una base sólida en el derecho consuetudinario y además puede colisionar directamente con el derecho de cada Estado a su soberanía, integridad territorial e independencia política, consagrado como principio de no intervención en la Carta (artículo 2 N° 7) y en numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones

[39] Brownlie, *Principles of International Law,* pp. 741-742.

Unidas. Obviamente, si la intervención incluye el uso de la fuerza, también tiene que ser armonizada con la prohibición contenida en el artículo 2 N° 4 de la Carta.

Durante la guerra fría, se registraron varios casos de intervención en que podrían haber estado presentes motivos humanitarios, en la medida en que pusieron fin a grandes masacres: India en Pakistán del Este (1971), Tanzania en Uganda ((1978), Vietnam en Kampuchea (1978) y Francia en el Imperio Centroafricano (1979). En el primer caso, la intervención contribuyó al nacimiento de un nuevo Estado, Bangladesh, mientras que en los otros precipitó cambios de régimen. Sin embargo, los Estados interventores fueron muy reticentes en aducir motivos humanitarios, utilizando en algunos casos justificaciones de legítima defensa frente a agresiones que en realidad fueron menores, si es que existieron[40]. Durante la década de 1990, el Consejo de Seguridad autorizó intervenciones armadas para hacer frente a crisis humanitarias en Somalia (1992), Bosnia (1992), Ruanda (1994), Kosovo (1999), Timor Oriental (1999) y Liberia (2003). De acuerdo al Capítulo VII de la Carta, el Consejo puede en efecto determinar que una crisis humanitaria constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales (artículo 39) y en consecuencia puede también autorizar el uso de la fuerza para hacerle frente (artículo 42). Sin embargo, como lo recuerda un autor, el Consejo de Seguridad no ha calificado estas autorizaciones como intervenciones humanitarias, prefiriendo retener sus poderes discrecionales en este ámbito[41]. Por medio de una interpretación muy extensiva de la noción de "amenaza a la paz", el Consejo también autorizó en 1994 el establecimiento de una fuerza internacional de paz para facilitar la restauración del gobierno democrático de Haití, en una decisión sin precedentes, que fue objeto de elogios pero también de críticas[42].

Ha habido otros casos de intervención por coaliciones de Estados y organizaciones regionales en que no ha mediado una autorización clara del Consejo de Seguridad, como fue el caso de la intervención militar dirigida por los Estados Unidos en el norte de Irak para hacer frente a la represión de los kurdos (1991), de la Comunidad de Estados Independientes en Georgia (1992), Tayikistán (1993), de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental en las guerras civiles de Liberia (1990) y Sierra Leona (1997), algunas de las cuales fueron autorizadas *ex post facto*[43].

La intervención armada en la ex Yugoslavia de 1999, consistente en

[40] ARMSTRONG, FARRELL y LAMBERT, *International Law,* p. 132.

[41] ANTONIO CASSESE, *International Law,* 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 347.

[42] FALK, RICHARD, «The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the United Nations», *Harvard International Law Journal* 36:2, Primavera 1995, pp. 341-358.

[43] ARMSTRONG, FARRELL y LAMBERT, *International Law,* p. 134.

una campaña de bombardeos selectivos por parte de la OTAN por un período de 78 días, fue justificada como una intervención humanitaria para detener la represión en Kosovo. Sin embargo, su legalidad fue puesta en duda porque si bien el Consejo de Seguridad definió la situación en dicho territorio como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, no autorizó el uso de la fuerza para hacerle frente, básicamente debido a la oposición de China y Rusia. El resultado de la acción militar fue una comunidad internacional fuertemente dividida, en la que una mayoría de Estados, reunida en el Grupo de los 77, que representaba a 133 países, emitió una declaración en abril de 2000 rechazando el "así llamado 'derecho' de intervención humanitaria, que no tiene base legal en la Carta de las Naciones Unidas o en los principios generales del derecho internacional" [44].

Pero este tajante rechazo fue relativizado por declaraciones posteriores. En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas, celebrada en septiembre de 2005, todos los Estados Miembros aceptaron oficialmente la responsabilidad de cada Estado de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En el Documento Final se estableció además que la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, tenía también la "la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta", para ayudar a proteger a las poblaciones de esos crímenes. Los dirigentes mundiales también estuvieron de acuerdo en que cuando un Estado no cumpliera con esa responsabilidad, todos los Estados (la "comunidad internacional") eran responsables de ayudar a proteger a las poblaciones amenazadas, y que primero deberían utilizar medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos. Más tarde, si esos medios resultan ser inadecuados y si "es evidente que las autoridades nacionales no protegen" a la población, la comunidad internacional debe actuar de manera "oportuna y decisiva" a través del Consejo de Seguridad y de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas[45].

La reciente intervención militar en Libia representó otro caso de uso de la fuerza que contó con la autorización del Consejo de Seguridad, mediante sus resoluciones 1970 y 1973 de 2011, que fueron fundamentadas expresamente mediante razones humanitarias. Sin embargo, se debate la legalidad de la intervención. Hay dudas sobre las atribuciones que tenía el

[44] Declaración de La Habana aprobada por la Cumbre del Sur del Grupo de los 77, celebrada en La Habana del 10 al 14 de abril de 2000 http://www.g77.org/doc/docs/summitfinaldocs_spanish.pdf

[45] Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/60/1. 2005 World Summit Outcome. http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760. pdf?OpenElement

Consejo de Seguridad para autorizar el uso de la fuerza en un conflicto interno[46], sobre la justificación de la intervención[47] y sobre su cumplimiento efectivo, en la medida en que hay países que estiman que las fuerzas de la OTAN excedieron el mandato que les confirió el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas[48]. Sin embargo, el triunfo de los rebeldes y los hallazgos de las masacres cometidas por las fuerzas del dictador Gadaffi, requerido junto a miembros de su familia por el Tribunal Penal Internacional, tienden a justificar los motivos de la intervención.

Los casos anteriores demuestran el carácter controvertido que tiene el régimen que regula el uso de la fuerza en el sistema internacional actual. Hay dudas sobre el alcance de las competencias del Consejo de Seguridad, sobre el contenido de las normas consuetudinarias, sobre la interpretación de las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza y sobre la posibilidad de extender la responsabilidad de proteger incluso más allá de las resoluciones del Consejo de Seguridad, en caso de que uno o más de sus miembros bloqueen una intervención de carácter humanitario. Pero sobre lo que no caben dudas es que ha habido cambios en la aplicación del régimen, incluso sin alterar sus normas básicas.

6. *Regímenes embrionarios: defensa de la democracia*

La defensa y promoción de la democracia constituye una preocupación central de la política exterior de muchos de los actores del sistema internacional. Tres presidentes estadounidenses de muy distinta orientación –Clinton, Bush y Obama– la han identificado como uno de los objetivos principales de la política exterior de los Estados Unidos. Los países de la Unión Europea (UE), actuando tanto a título individual como en el contexto de las instituciones comunitarias, han subrayado su compromiso con la defensa y difusión de la democracia en el mundo.

El consenso es menor en Asia y África. En muchos países del antiguo Tercer Mundo se tiende a relativizar la vigencia de ciertos derechos humanos o se invocan condiciones políticas y culturales especiales que justificarían enfoques singulares en esta materia. El viejo argumento, tan utilizado por los antiguos regímenes comunistas, sobre la primacía de los derechos económicos y sociales o del derecho al desarrollo por sobre las libertades políticas o personales, también conserva su popularidad en esas áreas.

[46] Michael W. Doyle, «The Folly of Protection. Is Intervention Against Qadaffi's Regime Legal and Legitimate? *Foreign Affairs,* March 20, 2011. http://www.foreignaffairs.com/articles/67666/michael-w-doyle/the-folly-of-protection.

[47] Véase las explicaciones de las abstenciones de Alemania, Brasil, China, India y Rusia al aprobarse la resolución 1973 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sc10200.doc

[48] «Russia accuses NATO of going beyond UN resolution on Libya», *Russia Today,* 17 abril 2011, http://rt.com/news/russia-nato-un-resolution-libya/

Aun así, varios países asiáticos y africanos se han sumado a los esfuerzos que se despliegan en favor de un nuevo régimen internacional para la protección de los derechos humanos y la defensa de la democracia. La Unión Africana incluyó la democracia entre sus principios básicos y tiene atribuciones para condenar golpes de Estado en los países miembros e incluso puede expulsar a gobiernos surgidos de manera no democrática. Sin embargo, en la práctica, ha utilizado estas atribuciones de manera selectiva.

La existencia de situaciones que puede conducir a Estados fallidos ha provocado igualmente un mayor activismo internacional a favor de los procesos de democratización. Así, la restauración del gobierno democrático de Haití constituyó la justificación oficial para la constitución de una (primera) fuerza de paz de Naciones Unidas en Haití, como lo declaró expresamente la Resolución 940 (1994) del Consejo de Seguridad que la autorizó. Como ya se señaló, hay consenso en estimar que se trató de un hito muy significativo en la evolución de la acción internacional en favor de la democracia. En efecto, la intervención de las Naciones Unidas para restaurar la democracia en ese país, adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, representó la primera vez que una crisis interna en que, en esencia, estaba en juego la recuperación democrática, provocaba medidas tan drásticas por parte del órgano máximo de la organización mundial[49].

En el continente americano, la democracia representa una de las piedras angulares del sistema interamericano y actuó como uno de los principios básicos para el establecimiento del Grupo de Río, el principal mecanismo de concertación política regional existente en América Latina. Si en el pasado esta reivindicación democrática tenía un carácter más bien retórico y mediante un uso manifiestamente parcial fue convertida en un arma de la guerra fría, en las últimas décadas ha dado lugar a acciones colectivas. El "Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano" y la Resolución 1080 sobre "Democracia Representativa", adoptados por la XXI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), representaron hitos importantes en esta dirección, desde el momento en que estos instrumentos establecieron un mecanismo de respuesta automática frente a situaciones de interrupción ilegal del proceso democrático en cualquier nación de la OEA. En la práctica, el Grupo de Río siguió una línea similar, pese a la resistencia de varios de sus miembros, llegando incluso a suspender en forma automática a aquellos países miembros donde se registró una interrupción del proceso democrático. La OEA adoptó la Carta Democrática Interamericana en el año 2001, instrumento que constituye el "núcleo central del Régimen Democrático Interamericano"[50], que pretende promover y defender la plena vigencia de la democracia en las Américas.

[49] ROLAND RICH, «Bringing Democracy into International Law», *Journal of Democracy* 12:3, Julio 2001, pp. 20-34.

[50] BEATRIZ M. RAMACCIOTTI, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas.* Córdoba, Argentina, Lerner Editora, 2010, p. 175.

En el contexto de este artículo cabe preguntarse hasta qué punto esta voluntad política se ha traducido en un nuevo régimen jurídico internacional para la protección y promoción de la democracia. Una revisión somera de los principales manuales de derecho internacional no arroja muchas luces en la materia; a lo sumo, se encuentran referencias al tema en los capítulos sobre la protección internacional de los derechos humanos, el principio de libre determinación o autodeterminación de los pueblos o el reconocimiento de los Estados, pero no hay un tratamiento sistemático y singular del tema y la cobertura que recibe es excepcional[51]. La literatura sobre regímenes internacionales tampoco es muy expresiva en esta materia. En una compilación muy extensa de artículos publicados en la prestigiosa revista *International Organization* sobre regímenes internacionales, no se incluyó un capítulo sobre el tema[52]. Los volúmenes que se refieren a la política del derecho internacional y el surgimiento de nuevos órdenes normativos tampoco profundizan el asunto. Y aunque hay buenos estudios sobre la defensa internacional de la democracia[53], el tema todavía no se incorpora al *corpus* central del derecho internacional.

En realidad, estamos frente a un régimen embrionario, que si bien ya tiene una cierta expresión jurídica, ésta no es comparable con los regímenes que hemos tratado anteriormente o con muchos otros que se han concretado en áreas como el comercio, el medio ambiente, los derechos humanos, el desarme, etc. Este régimen consistiría en un derecho, reconocido internacionalmente, a la democracia electoral, que se basa en los derechos humanos, pero que se extiende para asegurar la participación significativa de los gobernados en las decisiones políticas formales que los afectan[54]. Los orígenes del régimen se encontrarían en el principio de libre determinación de los pueblos, aplicado en el proceso de descolonización consagrado en la Carta de las Naciones Unidas

[51] Entre las excepciones, cabe destacar a CASSESE, *International Law,* p. 395, HUGO LLANOS MANSILLA, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público.* Tomo III. *La persona humana ante el derecho internacional.* Santiago, Ed. Jurídica, 2008, pp. 203-208 y EDMUNDO VARGAS CARREÑO, *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI,* Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 268-272.

[52] SIMMONS y STEINBERG, *International Law,* ob. cit.

[53] Véase por ejemplo THOMAS M. FRANCK, «The Emerging Right to Democratic Governance», *American Journal of International Law 86 (1992),* pp. 49-52; TOM FARER (ed), *Beyond Sovereignty. Collectively Defending Democracy in the Americas.* Baltimore, The John Hopkins University Press, 1996 y GREGORY H. FOX y BRAD D. ROTH (eds.), *Democratic Governance and International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000. Desde una perspectiva más politológica, véase HERALDO MUÑOZ (ed.), *Democracy Rising. Assessing the Global Challenges.* Boulder, Lynne Rienner, 2006.

[54] THOMAS M. FRANCK, «Legitimacy and the democratic entitlement», en FOX y ROTH, *Democratic Governance,* p. 26.

(Capítulos XI y XII), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor en 1976 (especialmente su artículo 25), en diversas resoluciones de la Asamblea General y de la antigua Comisión y actual Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en las Cartas fundacionales, resoluciones y prácticas de diversas organizaciones regionales, en protocolos de convenciones regionales y en sentencias de tribunales regionales de derechos humanos.

La práctica en este ámbito también apunta a un régimen internacional en formación: diversas organizaciones internacionales exigen que sus miembros tengan gobiernos democráticos y también adoptan cláusulas democráticas que permiten suspender o expulsar a aquellos Estados miembros donde se produzca una alteración del orden constitucional; algunos países han retenido el reconocimiento a Estados que no disponen de gobiernos democráticos; organizaciones internacionales y Estados han retenido o negado ayuda financiera o asistencia al desarrollo a regímenes autoritarios; algunos acuerdos comerciales o de asociación contienen "cláusulas democráticas", que condicionan el mantenimiento de los beneficios a la existencia de regímenes democráticos en las Partes Contratantes. Y, por cierto, hay una práctica muy amplia de misiones de observación electoral, liderada por organizaciones internacionales tan representativas y universales como las Naciones Unidas y una serie de organizaciones regionales.

El régimen internacional para proteger y promover la democracia no está exento de dilemas y riesgos[55]. El primer dilema se plantea con respecto al principio de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados, una de las piedras angulares del sistema internacional. La acción colectiva en favor de la restauración e incluso la defensa de la democracia pone en duda la noción de que la legitimidad política interna de un país corresponde a su jurisdicción exclusiva e introduce una importante excepción al principio clásico de la soberanía plena de los Estados. Por lo mismo, tanto el derecho internacional como diversos Estados mantienen importantes reservas frente esta evolución. Está claro que la acción internacional en defensa de la democracia ya no está subordinada en términos absolutos al principio de la no intervención y que la relación entre ambos principios no tiene un carácter inmutable. Pero el derecho internacional recoge esta evolución de manera gradual[56].

Es importante agregar que la acción internacional que comienza a ser

[55] Los párrafos siguientes se basan en ALBERTO VAN KLAVEREN, *«La promoción de la democracia como principio de la política exterior de Chile»*, preparado para un volumen editado por MARIO ARTAZA y CÉSAR ROSS (eds.) sobre la Política Exterior Chilena, en prensa.

[56] Véase el mesurado artículo de JAMES CRAWFORD, «Democracy and the body of international law», en FOX y ROTH, *Democratic Governance and International Law,* pp. 91-120.

legitimada en este ámbito asume un carácter multilateral y, en consecuencia, exige el apego a las normas y procedimientos fijados para estos efectos en las organizaciones internacionales, tanto globales como regionales, así como un consenso relativamente amplio por parte de la comunidad mundial. Son precisamente estas consideraciones las que permiten establecer un claro contraste entre el intervencionismo unilateral y la acción multilateral. Sólo esta última da pie para hablar de un régimen embrionario.

Un segundo dilema se refiere al concepto de democracia que está en la base de este nuevo activismo internacional o regional. No se trata tanto de revivir el viejo y distorsionado debate sobre el valor de la democracia formal, que marcó tan profundamente el pensamiento político latinoamericano durante los años 60 y 70, y que, afortunadamente en opinión de este autor, hoy parece superado. Tampoco se trata de tomar en serio las calificaciones interesadas que hacen los gobernantes sobre las diversas formas de democracia posibles y que han pretendido justificar la carencia de libertades básicas en regímenes muy dispares. Dejando a un lado consideraciones teóricas y filosóficas, la democracia puede ser definida con relativa claridad desde el punto de vista operacional. Ella incluye elecciones libres, secretas, informadas y competitivas, en que todos los ciudadanos adultos de un país pueden votar o ser votados. Implica la posibilidad real de alternancia en el poder, la existencia de un Estado de Derecho, de una división de poderes, de un poder judicial independiente y del libre juego entre el gobierno y una oposición que fiscaliza. Y, sobre todo, la democracia incluye la libertad de expresión, la libertad de asociación, el respeto al pluralismo, la libertad de prensa y otros derechos básicos. Descrita en esos términos, la democracia reúne los dos criterios que el destacado politólogo Robert Dahl considera como críticos: la posibilidad de oposición y la posibilidad de participación[57].

El dilema se plantea en el sentido de que en varios regímenes surgidos de elecciones razonablemente libres persisten situaciones muy graves en materias de derechos humanos. También puede producirse el caso de que la aplicación de los mecanismos para la defensa de la democracia no se desarrolle de una manera plenamente satisfactoria o no entregue los resultados esperados en términos de un proceso de verdadera consolidación democrática, como lamentablemente puede suceder en los Estados fallidos.

Asimismo, suele plantearse la necesidad de conciliar objetivos distintos y a veces contrapuestos de política exterior. Un objetivo tan loable como la defensa de la democracia no puede ser evaluado en forma aislada con respecto a otros intereses de la comunidad internacional como el

[57] ROBERT A. DAHL, *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven, Yale University Press, 1971.

mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales o la estabilidad en una cierta región. También puede surgir una contradicción entre intereses políticos y estratégicos. Esta última no afecta sólo a las grandes potencias, sino que también tiene vigencia en los ámbitos regionales. Guste o no guste, los atentados a la democracia en países vecinos suelen ser tratados con una natural cautela, con el fin de no interrumpir o afectar vínculos que se consideran fundamentales para una convivencia internacional razonable o para la defensa de intereses específicos de los Estados. La estabilidad de las relaciones vecinales puede llegar a primar sobre otras consideraciones, por legítimas que ellas sean.

Estas consideraciones nos remiten igualmente a la espinosa cuestión del "doble estándar". ¿Corresponde aplicar el nuevo régimen para la defensa y promoción de la democracia en todos los casos? Cabe agregar que el problema del doble estándar no se deriva sólo de un problema de mayores o menores simpatías ideológicas. Está también la cuestión de la eficacia de la acción internacional. Resulta por lo menos dudoso que los partidarios de construir un régimen internacional mucho más fuerte para defender la democracia, que incluya una batería de sanciones que vayan desde el aislamiento diplomático y económico hasta la intervención internacional para restaurar la democracia, estén dispuestos a recomendar seriamente medidas drásticas para impulsar la democracia o hacer frente a una eventual interrupción de la democracia en los países mayores de una cierta región o bien a potencias económicas con las que se mantienen florecientes negocios. Aunque pueda resultar una conclusión cínica, siempre será más fácil aplicar sanciones enérgicas en este terreno a los países pequeños y más débiles. Estas consideraciones explican el carácter embrionario del régimen y la cautela con que ha sido observado por algunos tribunales internacionales[58].

Conclusión

El análisis anterior deja en evidencia el carácter fuertemente evolutivo del derecho internacional, verdadero cuerpo vivo de normas que refleja, a veces con cierto atraso, los cambios que se van registrando en la comunidad internacional. Este mismo carácter evolutivo produce incertidumbre respecto de normas que rigen en un ámbito. Incertidumbre sobre su contenido, pero también sobre su valor vinculante, incluso hasta el punto de generar un área gris, representada por las normas del *soft law*[59].

[58] Véase el análisis de Crawford, ob. cit, de la sentencia del caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. United States),* de la Corte Internacional de Justicia, 1986, pp. 99-100.

[59] Sobre el concepto de *Soft Law*, véase Vera Gowlland-Debbas, «Law-Making in a Globalized World», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEDBI)*, Volúmenes VIII/IX, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2004/2005,

Las normas internacionales representan el resultado de la deliberación y práctica de los Estados y, en algunos casos, de sus propios ciudadanos. Sin embargo, una vez adoptadas, restringen los márgenes de acción de los Estados.

Los cambios de las normas del derecho internacional, pueden derivarse de nuevos valores que se van imponiendo en la comunidad internacional, o bien pueden resultar de una violación más o menos frecuente de una norma, con la finalidad de modificarla, como podría ser el caso de las intervenciones humanitarias que han tenido lugar en las últimas décadas, que representan usos de la fuerza no contemplados en la Carta de las Naciones Unidas.

La relación entre política y derecho internacional es compleja y se retroalimenta. Es incorrecto presentar al derecho internacional como un mero epifenómeno de las relaciones internacionales, que se limita a proyectar las relaciones de poder existentes. Tampoco convence la visión del derecho internacional como un cuerpo normativo que refleja la interacción entre Estados que actúan racionalmente para maximizar sus intereses[60]. Derecho y poder no son idénticos y aunque es obvio que hay un juego de racionalidades de intereses en toda negociación internacional, las normas que se adoptan responden también a valores e ideas que van surgiendo y evolucionando en las relaciones internacionales contemporáneas. Y, una vez adoptadas, pueden asumir un "papel constitutivo en la formación de las identidades e intereses de los actores en la propia estructura del sistema internacional"[61]. El derecho surge de la interacción entre ideas y práctica, pero la norma de derecho se transforma en tal a través de procedimientos jurídicos específicos que contribuyen a su autonomía.

El concepto de régimen internacional sirve para ilustrar los procesos de generación, mantenimiento, reforma y caducidad de las normas que regulan un determinado ámbito, la variedad de normas, principios y prácticas que pueden aplicarse a ese ámbito, así como las formas en que interactúan la política y el derecho. Los regímenes reseñados anteriormente son meros ejemplos de esos procesos.

El proceso de globalización implica un desplazamiento de la actividad legislativa y regulatoria desde el ámbito interno de los Estados al plano

---

especialmente pp. 604-608; Boyle y Chinkin, *The Making of International Law,* pp. 211-229; Kennet W. Abbotty Duncan Snidal, «Hard and Soft Law in International Governance», *International Organization,* Vol. 54, 2000, pp. 421-451 y Francisco Orrego Vicuña, *«Creación del Derecho en una sociedad global»,* ob. cit., especialmente pp. 95-100.

[60] Tesis central de Jack L. Goldsmith y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

[61] Anne-Marie Slaughter, Andrew S. Tulumello y Stepan Wood, «International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship», *American Journal of International Law,* 92 (1998), p. 382.

internacional. La globalización requiere nuevos acuerdos multilaterales destinados a resolver problemas económicos, políticos, sociales y culturales altamente complejos, que demandan una acción cooperativa entre los Estados. En un mundo cada vez más interdependiente, virtualmente todos los Estados negocian, adoptan e implementan constantemente nuevos regímenes internacionales.

El derecho internacional, al igual que el derecho interno, surge a través de la política y se modifica según la evolución de la política. Sin embargo, una vez que las normas se adoptan, su ejecución no depende del poder relativo de los contendientes. La afirmación de que la política internacional y el derecho internacional están estrechamente vinculados entre sí no equivale a reducir el surgimiento de normas al juego de intereses de los actores políticos. El establecimiento de nuevas normas e instituciones jurídicas no se da en un vacío donde todo es negociable. Por el contrario, las nuevas normas surgen en el contexto de normas e instituciones preexistentes, que condicionan y limitan el rango de opciones abiertas a los participantes en el proceso. En suma, el derecho internacional refleja una realidad, pero al mismo tiempo la condiciona y la moldea.